



VALENTINA FAGGIANI*

LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS: UN ANÁLISIS DE LA APORTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL PAPEL DE LA CPI**

SUMARIO: 1. El deber y la necesidad de la comunidad internacional de poner fin al fenómeno de los “niños y niñas soldados”. – 2. La infancia en los conflictos armados desde el derecho internacional. – 2.1. Las incoherencias y contradicciones del derecho internacional sustantivo en el intento de definir estándares comunes de protección. – 2.2. La escasa efectividad de los mecanismos internacionales de supervisión. – 3. El ER: una ocasión perdida para la adopción de un estatuto procesal común del niño soldado como víctima y autor de crímenes. – 3.1. La responsabilidad penal del niño *ex* art. 26 ER y sus incongruencias con el marco internacional y las normativas internas. – 3.2. La dificultad de delimitar el rol de los niños-víctimas en los procesos penales ante la CPI. – 3.3. La tipificación de los crímenes contra los niños en conflictos armados y su aplicación por la CPI: un lento y difícil avance contra la impunidad. – 4. Conclusiones.

1. *El deber y la necesidad de la comunidad internacional de poner fin al fenómeno de los “niños y niñas soldados”*

Este trabajo pretende analizar la respuesta jurídica al fenómeno de los niños y niñas soldados, haciendo especial hincapié en la aportación del derecho internacional y en el papel de la Corte Penal Internacional (CPI), a fin de averiguar si las medidas hasta ahora adoptadas son suficientes o, en su caso, qué estrategia se debería poner en marcha para intentar erradicar esta práctica criminal, que está aumentando de forma preocupante.

Los Estados de la comunidad internacional en su conjunto, y no solo los más afectados por este problema, tienen el deber y la necesidad de intervenir. En este sentido, los niños

* Profesora Contratada, Doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

** Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de investigación del plan nacional: «Protección de la infancia en los conflictos armados. Enfoques normativo, operativo y judicial desde la perspectiva de los derechos humanos» (DER2016-80580-R) y del Proyecto Jean Monnet, «La Lucha contra la Delincuencia Organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen» (2020 EAC/A02/2019).

tienen derechos personales e irrenunciables¹ y son un colectivo especialmente vulnerable y desprotegido. Deberían ser considerados como «zonas de paz»². Pero es más, desde una perspectiva intergeneracional representan el futuro, por esto deberían constituir una «prioridad»³. El uso de los niños en los conflictos armados viola sus derechos fundamentales, causándoles perjuicios irreparables a nivel físico, emocional, mental y espiritual, que obstaculizan y en muchos casos impiden su desarrollo.

Los datos al respecto muestran de forma evidente la terrible magnitud de este «flagelo»⁴. Según las directrices de la UE, sólo en la última década, más de dos millones de niños han fallecido en un conflicto armado y más de seis millones han sido «mermados» físicamente. Sin contar que dichos contextos privan a los menores de sus padres y familiares más cercanos, de los servicios sociales básicos, de la atención sanitaria y de la educación⁵. Los ataques a los hospitales y a las escuelas tienen efectos devastadores en este sentido.

Se calcula que decenas de miles de niños son reclutados y utilizados como soldados en conflictos armados en todo el mundo⁶ y que alrededor de 250.000 viven en países y áreas afectadas por un conflicto⁷. Aproximadamente 20 millones se encuentran desplazados o refugiados⁸, y un millón son huérfanos, mientras que otros son mantenidos como rehenes,

¹ Consejo de la UE, *Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados* (actualizadas en 2008), p. 2.

² Vid. A/UN General Assembly, *Report of Ms. Graça Machel, Impact of armed conflict on children: note by the Secretary-General*, 26 August 1996, A/51/306. El Informe, en el que por primera vez se afrontó el problema de los niños soldados en el seno de Naciones Unidas, empieza sus conclusiones con la frase del arzobispo Desmond Tutu en el *Eminent Persons Group meeting for the United Nations Study on the Impact of Armed Conflict on Children, Tarrytown, New York, 9 May 1995*, «We want a society where people are more important than things, where children are precious; a world where people can be more human, caring and gentle». Y a continuación, se definen a los niños como «zones of peace». «In this way, humankind will finally declare that childhood is inviolate and that all children must be spared the pernicious effects of armed conflict. Children present us with a uniquely compelling motivation for mobilization. Universal concern for children presents new opportunities to confront the problems that cause their suffering. By focusing on children, politicians, Governments, the military and non-State entities will begin to recognize how much they destroy through armed conflict and, therefore, how little they gain. Let us take this opportunity to recapture our instinct to nourish and protect children. Let us transform our moral outrage into concrete action. Our children have a right to peace. Peace is every child's right» (par. 318).

³ Consejo de la UE, *Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados*, cit., p. 2.

⁴ Se reconoce el reclutamiento y uso de niños como «flagelos preponderantes en las áreas de operaciones actuales de mantenimiento de la paz», «recordando que el mantenimiento de la paz puede influir para prevenir Infracciones Graves contra los niños en conflictos armados», en los Principios de Vancouver sobre el mantenimiento de la paz y la prevención del reclutamiento y uso de niños soldados, Canadá, 14 de noviembre de 2017.

⁵ Consejo de la UE, *Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados*, cit., p. 1.

⁶ Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflicts, *Child Recruitment and Use*, 17.4.2019.

⁷ Security Council, 7753RD Meeting (AM), *Children's Rights Violations during Armed Conflicts on Rise despite National Action Plans to End Abuse, Security Council Told in Day-long Debate*, SC/12470, 2.8.2016.

⁸ Vid. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 28 de julio de 1951, y *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, Nueva York, 31 de enero de 1967. Según datos de las Naciones Unidas, 230 millones de niños viven actualmente en zonas afectadas por conflictos, casi 10 millones han cruzado sus fronteras y se han registrado como refugiados en otros países y 19 millones han sido desplazados. Además, 34 millones de niños afectados por el conflicto no tienen acceso a ningún tipo de educación. Al respecto, se reenvía al siguiente documento: European Commission, *Universal Children's Day: Supporting child protection in humanitarian assistance*, en https://ec.europa.eu/echo/news/universal-childrens-day-supporting-child-protection-humanitarian-assistance_en, 20.11.2015.

son objeto de secuestro o se destinan a la trata⁹. Se estima además que, de modo permanente, al menos 300.000 participan como soldados en más de 30 conflictos en todo el mundo¹⁰.

Los Estados que suelen usar a los niños y a las niñas en los conflictos armados son conscientes de lo que están haciendo. Dicha práctica sigue presente sobre todo en 18 Países: Siria, República Centroafricana, Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Filipinas, Irak, Líbano, Mali, Nigeria, Myanmar, Pakistán, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Democrática del Congo, Tailandia y Yemen¹¹. Según el Informe anual del Secretario General de Naciones Unidas sobre niños y conflictos armados, en 2018, Somalia es todavía el país con el mayor número de casos de reclutamiento y utilización de niños (2.300), seguido de Nigeria (1.947)¹². Se trata de regiones conflictivas, que están más expuestas a graves violaciones de los derechos humanos, como torturas y otros tratos inhumanos y degradantes, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violencia y hambre, como parte de un plan dirigido a anular a la población y a afectar especialmente a los niños.

En dichos territorios se cuentan más de 66 entre fuerzas y grupos armados, entre los que se incluyen también grupos terroristas, como Boko Haram, en Nigeria, Seleka y Antibalaka en la República Centroafricana, Al Shabaab en Somalia, el Estado Islámico de Iraq y Sham (ISIS) o las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). La mayor difusión de esta práctica criminal entre los agentes no estatales respecto a las fuerzas armadas es debida a la dificultad de aplicarles sanciones.

Los crímenes cometidos en estos países acaban incidiendo directamente en el resto de los Estados y de forma específica en los de la UE, poniendo en peligro la paz y la seguridad a nivel mundial. Los conflictos armados y los ataques militares producen muertes y provocan desplazamientos masivos. De hecho, la mayoría de los solicitantes de asilo y de las personas refugiadas proceden precisamente de países en los que han estallado conflictos bélicos y que por lo tanto han sido víctimas de atrocidades o también autores de terribles crímenes.

Aunque no se trata de un fenómeno nuevo, pues los Estados siempre se han servido de los niños en los conflictos armados, el uso de los menores ha incrementado¹³. En relación al periodo 2018, las Naciones Unidas constataron más de 24.000 violaciones graves de los derechos de los niños en 20 países. El número de vulneraciones atribuidas a agentes no

⁹ Consejo de la UE, *Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados*, p. 1.

¹⁰ UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), *Día contra el Uso de Niños Soldado: las palabras que nunca imaginarías*, en www.unicef.es; ID., *Niños soldado. Cada 12 de febrero se conmemora el Día Internacional contra el uso de niños soldado*, en www.unicef.es, 12.2.2020; e ID., *Hoja de datos: niñas y niños soldados*, en www.unicef.org, 2015. Según datos del UNICEF, en Colombia, se calcula que los grupos armados ilegales utilizaron como combatientes a 14.000 niños y niñas; en Somalia desde la caída del Gobierno central en 1991, unos 200.000 niños y niñas han llevado un arma o han participado en las actividades de una milicia; en Sudán, en marzo de 2004, unos 17.000 niños y niñas estaban vinculados a fuerzas y grupos armados; y en Sudán del Sur unos 6.000 niños y niñas han sido reclutados como niños soldados desde 2013.

¹¹ Al respecto, *vid.*: SAVE THE CHILDREN, *En 18 países se sigue reclutando a menores soldado*, en www.savethechildren.es, 12.2.2015.

¹² Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General, Promoción y protección de los derechos de la infancia: los niños y los conflictos armados*, 20 de junio de 2019, 19-10176 (S) 200719 230719, pp. 2 y 3. Al respecto, *vid.* también United Nations, General Assembly, Security Council, Report of the Secretary-General, *Children and armed conflict*, 16.05.2018, A/72/865-S/2018/465.

¹³ *Vid.* B. PALACIÁN DE INZA, *El uso de los niños y las niñas en los conflictos armados*, en *El creciente fenómeno de la utilización bélica en la infancia. Aproximación multidisciplinar y estudio de caso: EUFOR RCA, IEEEE*, 2017, p. 17 s..

estatales se mantuvo constante, en cambio las cometidas por agentes estatales y fuerzas internacionales aumentaron de forma alarmante respecto al 2017¹⁴.

Son varias las razones que han favorecido el desarrollo de esta práctica criminal. Ante todo, el empleo de los niños permite suplir el alto número de bajas en conflictos, que prosiguen de forma incesante. Por otra parte, no se puede soslayar que han cambiado las modalidades de participación, el tipo de armas, más ligeras y fáciles de utilizar, y en general las tácticas operacionales empleadas y las dinámicas de las hostilidades. Los niños pueden desempeñar distintas tareas: pueden participar activamente en las guerras, sembrando minas o espiando, pero también pueden realizar “funciones de apoyo”, por ejemplo, como cocineros o porteadores.

El reclutamiento puede ser obligatorio, voluntario o forzoso. Es obligatorio si es practicado por las fuerzas armadas nacionales, es voluntario cuando el menor decide (de forma aparentemente libre) alistarse al ejército o grupo armado; y por último, el reclutamiento es forzoso, cuando se produce bajo amenazas, presiones o atentados a la integridad física y psicológica. Sin embargo, es importante considerar que no se puede dejar sin protección al menor de 18 años solo porque este renuncie voluntariamente a la misma¹⁵.

Desde el punto de vista del consentimiento, se considera, aunque a veces de forma simplista, que la participación en los conflictos armados puede ser impuesta con la fuerza (reclutamiento) o aparentemente voluntaria (alistamiento). En este segundo caso, sin embargo, se trata de una participación que solo a primera vista es el resultado de una decisión libre, porque en realidad muchos niños deciden unirse a un grupo armado por distintos factores, inducidos por contextos de desamparo y extrema violencia, debido entre otros al «subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños»¹⁶.

A este propósito, Haer se pregunta si la incorporación a un grupo armado de un niño o una niña testigo del asesinato de sus padres puede ser considerada una opción voluntaria o más bien el producto de la desesperación¹⁷. Además de la necesidad de suplir la ausencia de recursos económicos y de la presencia de deficiencias estructurales en determinadas sociedades, en particular las menos desarrolladas, importantes factores de incidencia que favorecen la adhesión a dichas prácticas pueden ser constituidos también por el tipo y la

¹⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General, Promoción y protección de los derechos de la infancia*, cit., p. 2.

¹⁵ Según F.J. GARRIDO CARRILLO, *Responsabilidad penal del niño soldado ¿Víctima o victimario?*, en M^a. C. PÉREZ VILLALOBOS (Dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Pamplona, pendiente de publicación, «Esta diferencia entre reclutamiento “forzoso”, “obligatorio” y “voluntario”, afecta negativamente a la protección de los menores, pues si se determina que la prohibición de la participación de los niños menores de 18 años en los conflictos armados constituye una protección de sus derechos, tal protección no puede cesar porque el niño renuncie voluntariamente a la misma. Por lo que hemos de entender que el reclutamiento voluntario o forzoso infringe la norma de protección de los menores en conflictos armados». En tal sentido, *vid.* también M. ARELLANO VELASCO, *La guerra no es un juego. Uso y participación de niños en conflictos armados*, Sevilla, 2008, p. 59 s..

¹⁶ OIT, *Convenio n. 182 la sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación*, 17 de junio de 1999.

¹⁷ R. HAER, *Children and armed conflict: looking at the future and learning from the past*, en *Th. World Quart.*, 2019, p. 81.

magnitud del conflicto y las necesidades y características del grupo¹⁸. Sin contar que los menores no se dan cuenta de las consecuencias para sus vidas o si lo hacen este aspecto pasa a un segundo plano¹⁹. Por todo esto, no se suele tipificar la incorporación voluntaria de los niños a fuerzas y grupos armados, siendo muy complicado afirmar si el menor-soldado voluntario es víctima o victimario, sino que se prefiere sancionar a los adultos responsables del reclutamiento, puesto que el consentimiento del niño no constituye razón suficiente para justificar el delito de reclutamiento y utilización de niños en la guerra.

Por otra parte, desde el punto de vista psicológico, la «instrumentalización de la infancia con fines bélicos»²⁰ es más rentable porque los niños combatientes son más obedientes, siendo más sencillo coaccionarlos e intimidarlos, despiertan menos sospechas que un adulto, y el desarraigo, a través de la ruptura de los vínculos con la familia y la comunidad, les hace aún más vulnerables y manipulables emocionalmente, facilitando el proceso de deshumanización, fanatización y sometimiento al grupo. La no percepción del riesgo, incrementada por el suministro de drogas y alcohol, les permite exponerse más, convirtiéndose de «víctimas a verdugos»²¹, a victimarios. Se trata de un proceso, que se desarrolla en las siguientes fases: reclutamiento, adoctrinamiento, que puede ser religioso como en el caso del Daesh o más bien político como en Colombia, entrenamiento y empleo.

En definitiva, los niños y las niñas serían «eficaces», porque ejecutan las ordenes sin discutir las, son más «baratos» porque generalmente no se les paga un sueldo, tienen menos necesidades de alimentarse que un adulto, y son «prescindibles»²². La participación en hostilidades les priva de su infancia, que ya no puede volver, de sus derechos, que se ven gravemente vulnerados, y en la mayoría de los casos de la posibilidad de tener un futuro. Se les acostumbra a percibir como normal algo que no lo es, provocándoles fuertes alteraciones de la personalidad, con un terrible impacto a nivel físico, psicológico y social, y secuelas, que llevarán consigo por toda la vida²³.

Y por último, no se puede soslayar que este fenómeno no afecta solo a los niños sino también a las niñas, que representan el 40% de los menores empleados en los conflictos armados²⁴. A estas últimas se les usa preferentemente como esclavas sexuales y para matrimonios forzados, aunque también se les adiestra para la guerra y pueden realizar las mismas tareas que los menores varones. En Sierra Leona, por ejemplo, un 60 % de las niñas soldado se convirtieron en «*bush wives*» (esposas de la selva)²⁵. En Colombia ha habido casos

¹⁸ *Ídem*. Sobre el fenómeno de los niños soldados *vid.* también: P. W. SINGER, *Children at War*, Los Angeles, 2006; y M. WESSELLS, *Child Soldiers: From Violence to Protection*, Harvard University Press, 2009.

¹⁹ N. QUÉNIVET, *Does and Should International Law Prohibit the Prosecution of Children for War Crimes?*, en *Eur. Jour. Int. Law*, 2017, p. 433 s., define a los niños soldados como «pawns in the adult game of war» (p. 435).

²⁰ B. PALACIÁN DE INZA, *cit.*, p. 25.

²¹ *Ibidem*, p. 26.

²² E. KAPLAN, *Child Soldiers Around the World*, en www.cfr.org/backgrounder/child-soldiers-around-world, 2.12.2005; y en el mismo sentido B. PALACIÁN DE INZA, *cit.*, p. 26.

²³ Al respecto, *vid.* M^a. P. BARDERA MORA, *Niños y niñas soldado: la perspectiva psicológica*, en *El creciente fenómeno de la utilización bélica en la infancia*, *cit.*, p. 59 s.

²⁴ Parlamento Europeo, *Resolución sobre el vigesimoquinto aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño*, 27 de noviembre de 2014 (2014/2919(RSP)), OJ C 289, 9.8.2016, p. 57–64; IRIN NEWS, *Girl child soldiers face new battles in civilian life*, en *The new humanitarian*, 12.2.2013. Disponible en: <http://www.irinnews.org/analysis/2013/02/12/girl-child-soldiers-face-new-battles-civilian-life>.

²⁵ C. COULTER, *Bush Wives and Girl Soldiers: Women's Lives through War and Peace in Sierra Leone*, United States of America, 2011. Se hace referencia a las «niñas esposas» también en la Declaración de Maputo sobre el uso de niños soldados, adoptada en la Conferencia que tuvo lugar en Maputo, Mozambique, desde el 19 al 22 de abril de 1999.

de matrimonio forzado entre menores y comandantes de las FARC. El hecho de ser la esposa de un mando les garantiza seguridad y les evita ser violadas por otros miembros del grupo²⁶. El uso de la tortura consistente en actos de violencia sexual y género constituye una verdadera arma de guerra.

No obstante, en la mayoría de los casos las niñas que han sido esclavizadas sexualmente y especialmente las que han sido madres, son víctimas de una doble estigmatización, como ex niñas soldado y madres de un hijo nacido de la guerra²⁷. Además, lamentablemente, a pesar de su especial vulnerabilidad, siguen siendo «invisibles» en las iniciativas programáticas y diplomáticas relativas al reclutamiento y al uso ilícito de menores por fuerzas y grupos armados²⁸. Por todo ello, por las distintas repercusiones que dichas prácticas producen en este colectivo se necesita una aproximación desde la perspectiva de género, con el objeto de incentivar la adopción de medidas especiales y específicas²⁹.

2. La infancia en los conflictos armados desde el derecho internacional

2.1. Las incoherencias y contradicciones del derecho internacional sustantivo en el intento de definir estándares comunes de protección

La lucha contra el uso de la infancia en los conflictos armados requiere la adopción por parte de los Estados de la comunidad internacional de un enfoque global a fin de que puedan hacer frente a todos los factores, que contribuyen a mantener estas prácticas criminales, permitiendo a los niños y las niñas que han sido involucrados recuperar su infancia perdida. En este sentido y desde una perspectiva jurídica, el punto de partida para la elaboración de una estrategia encaminada a garantizar la protección efectiva de los niños soldados sigue siendo el marco internacional³⁰, tanto el derecho internacional humanitario como el derecho penal internacional.

Estamos ante un sistema complejo, integrado por normas de *hard-binding law*, es decir acuerdos, normas consuetudinarias y principios generales del derecho, y *soft-no binding law*, con respecto al conjunto de principios, declaraciones, directrices y resoluciones, que aunque en

²⁶ En tal sentido, se reenvía a SAVE THE CHILDREN, cit.

²⁷ Vid. B. HERNÁNDEZ, *Niños soldado. La vida de un niño soldado después de ser liberado*, en *El País*, 9.10.2019.

²⁸ A este propósito, vid. los Compromisos de París para proteger a las niñas y niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y los Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados (París, febrero de 2007), los cuales consolidaron los principios y prácticas recomendadas en Ciudad del Cabo sobre el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de los niños soldados en África (Principios de Ciudad del Cabo), aprobados en 1997.

²⁹ Con respecto a la situación de mayor vulnerabilidad de las niñas, se reenvía a: M^a. P. BARDERA MORA, *Niños y niñas soldado: la perspectiva psicológica*, en *El creciente fenómeno de la utilización bélica en la infancia*, cit., pp. 63 y 64; M. DENO, *Girls in Fighting Forces: Moving Beyond Victimhood*, en https://www.gdnonline.org/resources/CIDA_Beyond_forces.pdf, 2007, pp. 1-36; M.J. FOX, *Girl Soldiers: Human Security and Gendered Insecurity*, en *Security Dialogue*, 2004, p. 465 s.; y más recientemente R. OJINAGA RUÍZ – R. de M^a. ABRIL STOFFELS, *La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados*, en *Rev. elec. est. int.*, 2020, p. 1 s..

³⁰ Sobre los instrumentos de derecho internacional en este ámbito, vid. S. HERNÁNDEZ PRADAS, *El niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Valencia, 2001; R. de M^a. ABRIL STOFFELS, *La protección de los niños en los conflictos armados*, Valencia, 2007; A. CEBADA ROMERO, *El derecho internacional y la utilización de los niños en los conflictos armados*, en *El creciente fenómeno de la utilización bélica en la infancia*, cit., p. 39 s..

principio no serían estrictamente vinculantes, se convierten en importantes herramientas para la interpretación, permitiendo suplir la ausencia de una normativa común y favoreciendo, como en el supuesto de que se trata, la asunción de forma voluntaria por parte de los Estados de determinadas conductas, para informar su actuación en un determinado ámbito.

Dichas normas, sin embargo, como afirma Garrido Carrillo, se pueden considerar un «compost», «incompleto, deficiente, disperso, farragoso, contradictorio, incoherente, y asistemático»³¹. Esto hace necesario aclarar de forma urgente «los términos» y las principales categorías, que permitan la «ordenación y conformación de un sistema de garantías y principios», «un estatuto procesal del niño soldado», como «víctima y victimario», integrado por normas que «sean exigibles y oponibles en los sistemas de exigencia de responsabilidad penal, que en un momento dado puedan operar». Este estatuto garantizaría una mayor «seguridad jurídica» en orden a la «participación y capacidades del menor» en los conflictos armados.

Por todo esto, en la primera parte de este trabajo se analizarán las medidas adoptadas por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y por determinados sistemas regionales como la Unión Africana. Y a continuación, en la segunda parte se profundizará en el derecho penal internacional a fin de comprobar sus principales aportaciones pero también los límites y las lagunas.

Con respecto a las normas de *hard law*, los principales tratados y acuerdos internacionales, que constituyen un referente en este ámbito son: la Convención sobre los derechos del niño (CDN, 1989)³² y sus Protocolos: el Protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados³³ y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (2000)³⁴; la Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño (1990)³⁵, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999); y por último, en el marco del derecho penal internacional destaca el Estatuto de Roma (ER) por el que se instituye la Corte Penal Internacional (CPI, 1998)³⁶.

La CDN ha sentado un marco general común de protección de los derechos del menor. Este instrumento ha sido ratificado por la casi universalidad de los Estados miembros de la comunidad internacional. Estados Unidos, por ejemplo, aunque no lo haya ratificado, se ha adherido a los dos Protocolos facultativos. Según el art. 1 de la CDN es niño «todo ser

³¹ F.J. GARRIDO CARRILLO, cit.

³² Asamblea General, *Convención sobre los derechos del niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

³³ Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Resolución del 25 de mayo de 2000, A/RES/54/263, en vigor desde el 12 de febrero de 2002.

³⁴ Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Resolución de 25 de mayo de 2000, A/RES/54/263, en vigor desde el 18 de enero de 2002.

³⁵ Organización para la Unidad Africana (OUA), *Carta africana de los derechos y bienestar del niño*, de 11 de julio de 1990, Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), en vigor desde el 29 de noviembre de 1999.

³⁶ *Vid. Estatuto de la CPI*, aprobado en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, celebrada en Roma desde el 15 de junio hasta el 17 de julio de 1998 (en vigor desde el 1 de julio de 2002), A/CONF.183/9.

humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»³⁷.

Además, atendiendo al art. 3 CDN, el «interés» del niño, que es considerado como sujeto de derecho, deberá ser tenido en cuenta en todas las decisiones que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Este criterio, que tiene consideración primordial, ha constituido la base desde la que se ha desarrollado la protección de este colectivo, habiendo sido incorporado no solo en el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE³⁸ sino también en los ordenamientos de los Estados miembros. España, por ejemplo, lo prevé en el art. 2 de la Ley Orgánica (LO) 1/1996³⁹.

De conformidad con la definición de menor contenida en la CDN, los Principios y las Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados de 2007, adoptados en la Conferencia internacional «Liberemos a los niños de la guerra» (París)⁴⁰, los cuales constituyen uno de los documentos de *soft law* más importantes en dicho ámbito, consideran como «niño o niña soldado» a cualquier persona menor de 18 años de edad que haya sido reclutada o utilizada por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier tipo de función, incluidos aunque no limitados los niños y las niñas utilizados como combatientes, cocineros, portadores, mensajeros, espías o con fines sexuales. Los principios de París no se refieren solo a un niño o una niña que esté participando o haya participado directamente en las hostilidades sino a quienes desempeñen también tareas de apoyo.

Sin embargo, según Palacián de Inza, a pesar de su uso generalizado, el concepto de niño soldado no sería «adecuado». El término soldado, que proviene del «latín *solidatus*, de *soldus*, sueldo, tiene connotaciones profesionales, de asalariado, y por tanto» relacionadas «a una edad en la que se ha dejado atrás la infancia». Además, «está asociado al Ejército regular, y es precisamente en los grupos armados irregulares donde el fenómeno del uso de los menores como combatientes es más común». Por esto, en su opinión, se prefiere hablar de «niños combatientes», es decir obligados a luchar, y de forma genérica, de «la captación de menores para todas las labores que se incluyen en la definición oficial de “niño soldado” de los Principios de Ciudad del Cabo, como el uso de la infancia en conflicto armado»⁴¹. El concepto de combatiente se usa también para los menores extranjeros que han estado involucrados en actividades terroristas.

La CDN, que demuestra el esfuerzo de la comunidad internacional de establecer estándares generalmente compartidos, en los artículos 38 y 39, se ocupa de forma específica de los derechos del niño en los conflictos armados. Sin embargo, dichos preceptos dejan

³⁷ Vid. Comité de las Naciones Unidas, *Observación general n. 14 sobre los derechos del niño*, de 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, en la que se reitera la necesidad de que su interés superior sea una consideración primordial.

³⁸ Atendiendo al art. 24 de la Carta, «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello va en contra de su interés».

³⁹ Art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, en BOE, n. 15, de 17 de enero de 1996, tal y como ha sido modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en BOE, n. 175, de 23 julio de 2015.

⁴⁰ Los Principios y Compromisos de París se inspiraron en el Informe sobre el impacto de los conflictos armados en los niños, elaborados por Graca Machel en 1996, y en los Principios adoptados en Ciudad del Cabo de 1997.

⁴¹ B. PALACIÁN DE INZA, cit., pp. 21-22.

irresueltos algunos problemas. Ante todo, al afirmar en el art. 38 CDN⁴² el deber de los Estados partes de respetar y velar por que se observen las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño, se acaba aceptando su reclutamiento desde los 15 años y no desde los 18 como se podría deducir de la definición de niño contenida en el art. 1 de dicha Convención. No se incluye por tanto a los niños de edad comprendida entre los 15 y los 18 años en el ámbito de protección de dicho precepto. Asimismo, sigue siendo controvertida la exhortación a asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades, pues la distinción que lleva implícita entre participación directa e indirecta, acaba excluyendo del marco de aplicación de la norma a la segunda, legitimándola.

Y por último, en el art. 39 CDN se insta a los Estados a proteger y cuidar a los niños afectados por un conflicto armado y promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. La recuperación y reintegración deberían llevarse a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

La educación, atendiendo a la Declaración sobre escuelas seguras, tiene una importancia determinante en este proceso⁴³. No es casual que los centros educativos sean uno de los principales objetivos de ataques. En este sentido, la educación es un derecho humano fundamental, que constituye «un elemento clave para el pleno disfrute de todos los derechos sociales, económicos, culturales y políticos», y constituye la «base de la ciudadanía responsable», pudiendo transformar una sociedad y contribuir a la igualdad social, económica, política y de género, y es de vital importancia para la emancipación a nivel social, cultural y profesional, así como para la prevención de la violencia contra las mujeres y niñas. Asimismo, es indispensable para la resocialización de los menores y su integración en el tejido social a fin de garantizar su futuro. De hecho, los grupos armados se oponen a la enseñanza laica y a la

⁴² El art. 38 de la CDN establece que: «Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. Los Estados partes adoptarán todas medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado». Sobre esta disposición, *vid.* M.A. DRUMBL – J. TOBIN, *Article 38: The Rights of Children in Armed Conflict*, en J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Melbourne University Law School, según quien «The true value of art. 38 may lie in its historical significance. Not only was it groundbreaking for its importation of international humanitarian standards into human rights law, but it has also guided the development of international law and policy relating to children in armed conflict», p. 1560.

⁴³ La Declaración sobre escuelas seguras es un documento político intergubernamental, adoptado en Oslo (Noruega), durante una conferencia internacional, que se celebró los días 28-29 de mayo de 2015. En este texto se afirma que: «By contrast, education can help to protect children and youth from death, injury and exploitation; it can alleviate the psychological impact of armed conflict by offering routine and stability and can provide links to other vital services. Education that is “conflict sensitive” avoids contributing to conflict and pursues a contribution to peace. Education is fundamental to development and to the full enjoyment of human rights and freedoms. We will do our utmost to see that places of education are places of safety».

instrucción sobre todo de las mujeres, impidiéndoles el acceso a este servicio y negándoles este derecho fundamental⁴⁴.

Los principios recogidos en la CDN han sido desarrollados y especificados en el marco del derecho internacional humanitario en el Protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados⁴⁵ y en el Protocolo facultativo relativo a la venta, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, siendo dichas prácticas muy difusas en los países involucrados en las hostilidades.

En particular, el Protocolo sobre la participación de los niños en los conflictos armados fija los umbrales de edad relativos a su uso tanto por parte de las fuerzas armadas como por los grupos locales. En relación a las fuerzas armadas nacionales, se establece que los menores de 18 años no pueden participar directamente en hostilidades (art. 1); que dichas fuerzas no pueden realizar el reclutamiento obligatorio de ningún menor de 18 años (art. 2) y se prevé la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de los 15 años, elevando la edad establecida en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en los Protocolos adicionales de 1977 (art. 3.1)⁴⁶.

Asimismo, se reconoce que los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial (art. 3.1). A tal fin, los Estados partes signatarios tienen que depositar una declaración vinculante en la que establezcan la edad mínima para el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y tienen que adoptar un conjunto de garantías para asegurarse de que ese reclutamiento no se realiza por la fuerza o por la coacción (art. 3.2).

Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años tienen que establecer medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que sea auténticamente voluntario, que se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal. Además, deberán informar plenamente a los niños de los deberes que supone el servicio militar

⁴⁴ En tal sentido, *vid.*: Parlamento Europeo, *Resolución sobre la educación para los niños en situaciones de emergencia y crisis prolongadas*, de 26 de noviembre de 2015 (2015/2977(RSP)), P8_TA(2015)0418, aps. C-E.

⁴⁵ R. OJINAGA RUÍZ, *Niños soldados: comentarios al Protocolo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, en *Rev. esp. derecho mil.*, 2002, p. 41 s.; F. GÓMEZ ISA, *La participación de los niños en los conflictos armados: el Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bilbao, 2000.

⁴⁶ El art. 77.2 y 3 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, dispone que: «Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. 3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de 15 años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra». Y el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en el art. 4.3, concerniente a las garantías fundamentales establece que: «Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: [...] c) los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades». Como se puede observar, en el caso de conflictos armados no internacionales, la prohibición que se establece en relación a la participación directa o indirecta de menores en las hostilidades, es una prohibición absoluta «no serán reclutados», y por lo tanto es una obligación más estricta la que se impone a los Estados Partes. Lamenta la influencia negativa del art. 77 del Protocolo I sobre el Estatuto de Roma de la CPI de 1998 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario. Los niños soldados*, en *AFDUAM*, 2011, p. 226.

nacional y los menores deberán presentar pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados (art. 3.3).

Y por último, los Estados Partes tendrán que impedir el reclutamiento y la utilización por los grupos armados de menores de 18 años en hostilidades, con la inclusión de las medidas legales necesarias para prohibir o tipificar estas conductas (art. 4). La aprobación por parte de los Estados de mecanismos internos, como normas penales que prevean tales crímenes, permite dotar de efectividad a las normas convencionales, poniendo fin a la impunidad de quienes violan el marco internacional. España, por ejemplo, reformó el Código penal en 2010, introduciendo el crimen de reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años o su uso para participar directamente en las hostilidades⁴⁷.

En la misma línea, la Carta africana de derechos y bienestar de la infancia, que es un documento regional adoptado por los Estados africanos miembros de la OUA, los cuales constituyen un foco, siendo África el continente con más países en conflicto activo o guerra, se adapta a este marco. Dicho documento establece la obligación para los Estados Parte de respetar y garantizar el cumplimiento de las normas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados que afecten a los niños, instándoles a implementar todos los instrumentos necesarios para garantizar que no tomen parte directamente en las hostilidades y, en especial, a abstenerse de reclutarles. Conforme a las obligaciones que se derivan del derecho internacional humanitario, se comprometen a proteger a la población civil durante los conflictos armados y a elaborar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños que se vean afectados (art. 22).

Entre los mecanismos de derecho internacional adoptados para reforzar la protección de los menores se coloca también el Convenio OIT n. 182 de 1999, que prohíbe las peores formas de trabajo infantil e insta a los Estados a adoptar una acción inmediata para su eliminación. Este documento parte del presupuesto de que el trabajo infantil se debe en gran parte a la pobreza; la solución a largo plazo radica por lo tanto en un crecimiento económico sostenido conducente al progreso social, en particular a mitigar la pobreza, y a la educación universal⁴⁸.

2.2. *La escasa efectividad de los mecanismos internacionales de supervisión*

Los mecanismos normativos a los que se acaba de hacer referencia, a pesar de sus limitaciones, son sin duda importantes, habiendo constituido un paso hacia adelante en la lucha contra este fenómeno. Sin embargo, aunque sean acuerdos internacionales y no meras declaraciones políticas de principio y vinculen a los Estados miembros, que deberían darles cumplimiento, adaptando el marco interno y adoptando todas las medidas necesarias, la

⁴⁷ *Vid.* el art. 612.3 C.P., tal y como ha sido redactado por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*, en BOE, n. 152, de 23 de junio de 2010.

⁴⁸ Atendiendo al art. 3 de la Convención OIT, la expresión «las peores formas de trabajo infantil» abarca: 1. todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; 2. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; 3. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y 4. el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

ausencia de instrumentos coercitivos de rendición de cuentas para luchar contra la impunidad sigue dejándoles en muchas ocasiones sin efectividad práctica.

El Comité de derechos del niño de las Naciones Unidas, por ejemplo, no es un órgano jurisdiccional, sino de simple supervisión, integrado por un grupo de expertos independientes⁴⁹. Dicho órgano que tiene que velar por el respeto de la CDN y de los dos Protocolos facultativos, relativos a la participación en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se limita a examinar los informes de los Estados sobre los derechos reconocidos en dichos textos y el progreso que hayan conseguido en cuanto al goce de estos derechos⁵⁰.

El Comité podrá además pedir información relativa a la aplicación de la CDN⁵¹, podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe en su nombre estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño y podrá formular sugerencias y recomendaciones⁵². Tras la reforma de 2011 en la que la Asamblea General adoptó el tercer Protocolo facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones, en vigor desde 2014, los niños pueden presentar denuncias individuales de violaciones específicas de sus derechos. Actualmente, este acuerdo ha sido firmado por 52 Estados y ratificado por 26⁵³.

De forma parecida, a nivel regional, el Comité africano de expertos sobre los derechos y el bienestar del niño, instituido en el ámbito de la Unión Africana, es un mecanismo llamado a velar por el respeto de los principios reconocidos en la Carta africana, a través de su interpretación, haciendo en su caso recomendaciones a los Gobiernos, y a cooperar con las demás instituciones involucradas a nivel nacional, internacional y regional⁵⁴. Le corresponde recibir los informes, que los Estados Parte se comprometen a adoptar⁵⁵, y las comunicaciones⁵⁶ de cualquier persona, grupo u organización no gubernamental que estén reconocidas por la OUA, por un Estado Miembro o por las Naciones Unidas, sobre cualquier tema comprendido en esta Carta⁵⁷; y puede realizar investigaciones, solicitando a los Estados Parte cualquier información relativa a la aplicación de dicho texto, tras cuya finalización se presentará un informe.⁵⁸

En la primera demanda presentada en 2005 en representación de los niños de Uganda del Norte contra el Gobierno de Uganda, el Comité africano constató precisamente la violación durante el periodo 2001-2005 del art. 22 de la Carta africana, relativo a los derechos de la infancia en los conflictos armados, no solo por dicho Gobierno sino también por el Ejército de Resistencia del Señor (LRA), y recomendó poner freno a dicha práctica, que

⁴⁹ Art. 43, CDN.

⁵⁰ Art. 44, CDN.

⁵¹ Art. 44, CDN.

⁵² Art. 45, CDN.

⁵³ *Protocolo facultativo a la Convención de los derechos del niño sobre el procedimiento de comunicaciones*, adoptado el 19 de diciembre de 2011 en Nueva York y en vigor desde el 14 de abril de 2014, A/RES/66/138.

⁵⁴ Art. 42, *Carta africana sobre los derechos del niño*, cit.

⁵⁵ Art. 43, *Carta africana sobre los derechos del niño*, cit.

⁵⁶ Art. 44, *Carta africana sobre los derechos del niño*, cit. Para mayores informaciones sobre el procedimiento de comunicaciones ante el Comité africano de expertos sobre los derechos y el bienestar del niño, *vid.*: www.acerwc.africa/about-communications.

⁵⁷ African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (ACERWC), *Revised Guidelines for the consideration of communications*, adopted during the 1st Extra-Ordinary Session of the ACERWC, October 2014. Disponible en: www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2018/07/Revised_Communications_Guidelines_Final-1.pdf.

⁵⁸ Sobre las situaciones investigadas por el Comité africano *vid.* A. CEBADA ROMERO, cit., p. 49 s..

perpetua la impunidad, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar que ningún niño tome parte en las hostilidades y abstenerse de reclutarles⁵⁹.

A tal fin, se recomendaba a Uganda incorporar en el Código penal una disposición que estableciera la responsabilidad penal de cualquier persona reclute o utilice a menores de 18 años en situaciones de hostilidades, tensiones o conflictos y garantizar un sistema de registro de nacimiento, que sea fácilmente accesible. Asimismo, en el ámbito de las misiones de investigación en la República Centro-Africana y en Sudán, el Comité africano ha puesto de manifiesto la práctica del reclutamiento y alistamiento de menores.

También el Grupo de trabajo, establecido en virtud de la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre los niños y los conflictos armados, cuya función consiste en examinar los informes sobre este tema⁶⁰, es un simple órgano de control y supervisión, que por lo tanto no puede obligar a los Estados incumplidores. En dicho marco, el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados⁶¹ presenta oficialmente los informes al Grupo de trabajo, cuyas conclusiones pueden contener recomendaciones dirigidas a las partes en los conflictos, a los Estados Miembros, al sistema de las Naciones Unidas, a los donantes y a otros agentes competentes⁶².

Por su parte, el Secretario General de Naciones Unidas cada año presenta al Consejo de Seguridad un informe en el que se destacan las tendencias registradas en las repercusiones de los conflictos armados en los niños a nivel mundial y se ofrece información sobre las violaciones cometidas, así como los problemas conexos relacionados con la protección.

Además, en los anexos se incluye la «lista negra»⁶³ o «lista de la vergüenza»⁶⁴ (*«the naming and shaming’ of perpetrators»*) de las partes que, en contravención del derecho internacional, reclutan y utilizan a niños, los matan y mutilan, los violan y cometen otras formas de violencia sexual contra ellos, llevan a cabo ataques contra escuelas u hospitales y ataques o amenazas de ataques contra el personal protegido y secuestran a niños⁶⁵. La finalidad de estas listas es mostrar a toda la Comunidad quiénes son los perpetradores de estos crímenes, concienciando y promoviendo el debate, y presionar a las fuerzas y grupos armados para que

⁵⁹ Desde 2005, se han presentado 10 comunicaciones, de las que 3 han sido declaradas inadmisibles y 1 está pendiente de resolver. ACERWC, *Decision on the communication submitted by Michelo Hunsungule and others (on behalf of children in Northern Uganda) against the Government of Uganda*, 15-19 April 2013.

⁶⁰ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1612, 5235ª sesión, del 26 de julio de 2005, S/RES/1612 (2005).

⁶¹ El Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados fue creado por la Asamblea General en su resolución 51/77, de 20 de febrero de 1997, A/RES/51/77, tras la publicación en 1996 del informe de Graça Machel relativo a las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. En dicho informe se determinaron seis violaciones graves que afectan a los niños en tiempos de conflicto: 1. el reclutamiento o utilización, 2. la matanza y mutilación, 3. la violencia sexual, 4. los ataques a las escuelas y hospitales, 5. el secuestro, 6. la denegación de acceso humanitario. Entre las principales iniciativas del Representante Especial se encuentra la campaña «Niños, no soldados», destinada a poner fin al reclutamiento y la utilización de niños por las fuerzas armadas gubernamentales en conflicto para 2016.

⁶² Entre las varias medidas adoptadas en el seno de Naciones Unidas, *vid.* Representante Especial del Secretario General para la cuestión de niños y conflictos armados, Plan de acción titulado «Un mundo apropiado para los niños y las niñas», en <https://childrenandarmedconflict.un.org/keydocuments/spanish/aworldfitforchil10.html>.

⁶³ A. CEBADA ROMERO, cit., p. 50 s.

⁶⁴ L. COBAS GONZÁLES, cit., p. 86.

⁶⁵ Desde que se creó el mecanismo de vigilancia y presentación de informes sobre los niños y los conflictos armados, de conformidad con lo establecido en la resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad, los casos verificados de muerte y mutilación de niños han alcanzado niveles sin precedentes en todo el mundo.

pongan en marcha un plan de acción⁶⁶, a través del diálogo con Naciones Unidas, cuyo cumplimiento es necesario para ser retirado de dicha lista. Chad, por ejemplo, cumplió con el plan y fue eliminado de la lista.

Estos informes suelen finalizar con una serie de recomendaciones y el llamamiento al diálogo y a la colaboración, a través de la firma de planes de acción, para frenar dichos crímenes, cuyo respeto sin embargo es dudoso. En el informe correspondiente al 2018 no se incorporaron nuevos nombres a la lista negra, aunque a algunas partes que ya aparecían se les han añadido nuevas violaciones. Por ejemplo, se ha incluido en Afganistán al Estado Islámico y en Iraq al Levante-Provincia de Jorasán (EIIL-PJ), porque siguieron cometiendo ataques contra escuelas y hospitales; en la República Democrática del Congo Nyatura porque el grupo siguió perpetrando actos de violación y otras formas de violencia sexual; y en Sudán del Sur a la facción partidaria de Machar del Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo del Sudán en la Oposición (M/ELPS-O partidaria de Machar) por secuestro⁶⁷.

En esta línea, el Secretario General de Naciones Unidas condenó los crímenes de naturaleza sexual supuestamente cometidos por las fuerzas de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas contra los niños, considerando que «no puede haber impunidad para las personas que cometan explotación y abuso sexual», y dejó claro que la inmunidad con la que habitualmente cuentan los «casos azules» en sus misiones «no puede servir de escudo», siendo necesario a tal efecto garantizar «que las amnistías e inmunidades no se apliquen a los autores de ningún acto de violencia sexual relacionada con los conflictos»⁶⁸. En este sentido, «el sufrimiento de los niños envueltos en conflictos es fuente de “vergüenza global”»⁶⁹. El Secretario General ha intentado promover un enfoque centrado en las víctimas, quienes estarán dispuestas a denunciar los crímenes sufridos, solo si tienen la seguridad de que la denuncia se investigará⁷⁰, y en una política de tolerancia cero frente a la explotación y los abusos sexuales.

Y en lo que concierne al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tiene la función de velar por la implementación del marco internacional y reforzar los mecanismos de protección de los niños en los conflictos armados. Sin embargo, su potestad sancionadora⁷¹ contra

⁶⁶ Las fuerzas armadas de la República Democrática del Congo, por ejemplo, adoptaron un plan con Estados Unidos atendiendo a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1539 (2004) y 1612 (2005). La Misión de las Naciones Unidas en la RDC (MONUC) con sede en Kinshasa fue establecida por la resolución 1279 del Consejo de Seguridad de 30 de noviembre de 1999, para contribuir al restablecimiento de la paz.

⁶⁷ Asamblea General, Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General, Promoción y protección de los derechos de la infancia: los niños y los conflictos armados*, cit., p. 42.

⁶⁸ Consejo de Seguridad Naciones Unidas, *Informe del Secretario General. Violencia sexual relacionada con los conflictos*, S/2019/280, 29 de marzo de 2019, p. 34. Al respecto, vid. D. BAUER – H. MOLINARI, ONU, *L’Onu fatica a punire i suoi dipendenti colpevoli di abusi sessuali*, en *www.internazionale.it*, 22.2.2017; LA STAMPA, *Abusi sessuali su minori ad Haiti. Un rapporto segreto accusa i Caschi blu dell’Onu*, en *www.lastampa.it*, 12.4.2017.

⁶⁹ Noticias ONU, *Guterres: El sufrimiento de los niños envueltos en conflictos es fuente de «vergüenza global»*, en *https://news.un.org/es*, 31.10.2017.

⁷⁰ En 2019 las Naciones Unidas recibieron 259 denuncias. En 2017 fueron 138. 54 casos involucran a las fuerzas de mantenimiento de la paz frente a los 62 casos de 2017 y a los 103 de 2016. 94 denuncias conciernen al personal de las Naciones Unidas que no forma parte de misiones de paz. La cifra ha aumentado respecto a 2017. Al respecto, vid. Noticias ONU, *La ONU recibió 259 denuncias de abusos y explotación sexuales en 2018*, en *https://news.un.org/es/story/2019/03/1453051*, 18.3.2019.

⁷¹ El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco (Estados Unidos) el 26 de junio de 1945, titulado «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión», indica las acciones que deben adoptarse en esos casos. Atendiendo al art. 41 de la Carta, el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para

personas que cometen vulneraciones persistentes contra los niños en los conflictos armados es limitada, estando condicionada a la existencia de un Comité de sanciones específico para cada Estado y por lo tanto, en definitiva, a sus intereses particulares. Se han instituido Comités de sanciones en relación a las situaciones en Costa de Marfil, la República Democrática del Congo y Somalia y más recientemente un Comité para Sudán del Sur⁷².

3. *El ER: una ocasión perdida para la adopción de un estatuto procesal común del niño soldado como víctima y autor de crímenes*

3.1. *La responsabilidad penal del niño ex art. 26 ER y sus incongruencias con el marco internacional y las normativas internas*

El derecho penal internacional y especialmente el Estatuto de Roma, por el que se instituye la Corte Penal Internacional (1998), y el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2002)⁷³ han sentado las bases para un nuevo marco legal, sustantivo y procesal, de protección de los niños en los conflictos armados.

Si bien la jurisdicción del Tribunal Especial para la Sierra Leona tenga un alcance más limitado, siendo circunscripta a los crímenes cometidos en el conflicto ocurrido en Sierra Leona, fue el primer tribunal penal internacional que dictó una sentencia de condena contra tres ex comandantes de la junta militar de ese país a penas de entre 45 y 50 años por el uso de niños soldado durante la Guerra Civil (20 de junio de 2007)⁷⁴. Y a continuación, el 26 de abril de 2012 condenó al ex Presidente liberiano Charles Taylor por el reclutamiento de niños soldados, quien de esta forma fue el primer Jefe de Estado africano declarado culpable por un órgano jurisdiccional de este tipo⁷⁵.

hacer efectivas sus decisiones y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas. El Consejo de Seguridad en la resolución 1539 de 22 de abril de 2004, S/RES/1539 (2004), manifestó por primera vez la intención de considerar la posibilidad de imponer medidas con objetivos concretos y graduados mediante resoluciones que se refieran a determinados países, como por ejemplo la prohibición de exportar o suministrar armas pequeñas y armas ligeras y otros pertrechos y asistencia militares, contra las partes que se nieguen a participar en el diálogo, no elaboren un plan de acción o incumplan los compromisos contraídos en su plan de acción, teniendo presente el informe del Secretario General. Este compromiso se reafirmó en las resoluciones 1612, de 26 de julio de 2005, S/RES/1612 (2005); 1882, de 4 de agosto de 2009, S/RES/1882 (2009); y 1998, de 12 de julio de 2011, S/RES/1998 (2011).

⁷² Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución n. 2206, de 3 de marzo de 2015, S/RES/2206.

⁷³ Poco después de la adopción del ER, se instituyó también el Tribunal Especial para Sierra Leona (TSSL), en virtud de la resolución n. 1315, de 14 de agosto de 2000, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (S/RES/1315 (2000)), que dio el mandato al Secretario General para que negociara un acuerdo con el gobierno de este País para la creación de una jurisdicción mixta, nacional e internacional, para juzgar a los responsables de los terribles crímenes cometidos durante la guerra civil (1991-2000), en concreto desde el 30 de noviembre de 1996. El Acuerdo entre la ONU y Sierra Leona sobre la creación de un Tribunal Especial, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002, entró en vigor el 12 de abril de 2002, por lo tanto antes del Estatuto de Roma. El Estatuto del TSSL contempla entre las otras violaciones graves del derecho internacional humanitario el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o su uso para participar activamente en las hostilidades (art. 4 C). Y a continuación, establece que el Tribunal Especial no podrá juzgar a personas menores de 15 años en el momento de la presunta comisión del delito (art. 7).

⁷⁴ SCSL, *Pros. v. A. T. Brima et al.*, Judgment 20.6.2007, Case n. SCSL-04-16-T.

⁷⁵ Tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones constataron que el RUF/AFRC (el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas) secuestró y forzó a niños menores de 15 años y les usó para participar en hostilidades (SCSL, Appeal Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26.9.2013, Case n.

Por su parte, la CPI constituye uno de los principales instrumentos de rendición de cuentas y de lucha contra el uso de niños soldado en conflictos armados⁷⁶. Su labor sin embargo no es sencilla ni está exenta de limitaciones, contradicciones y defectos. Ante todo, las situaciones investigadas y enjuiciadas por la Corte Penal Internacional tienen por objeto crímenes masivos, que afectan a un número de personas en muchas circunstancias incalculable⁷⁷. A la complejidad de los asuntos y a la consiguiente excesiva duración de los procesos se añade la tradicional oposición manifestada por parte de las grandes potencias, *in primis* EEUU, China y Rusia⁷⁸, los cuales además de no haber ratificado el ER a fin de preservar la impunidad por crímenes que podrían ser sometidos a la CPI, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁷⁹.

Esto significa que pueden vetar la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI a través de la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad (y así lo hicieron por ejemplo Rusia y China en relación con la situación en Siria) o pueden instrumentalizarla contra determinados Estados no políticamente afines para sus intereses. Y no se puede soslayar el impacto negativo en la labor de la CPI y en su imagen de la retirada de Burundi (art. 127 ER), el primer Estado que dejó esta institución, y las amenazas de una salida por parte de otros Estados africanos, entre los que se encuentran Gambia y Sudáfrica, quienes lamentan su carácter politizado, que la habría convertido en un mecanismo de «justicia de los blancos» con un doble estándar.

SCSL-03-01-A), aps. 267 ss). Les drogaba para que no se asustaran y para que cumplieran las órdenes, cometieran actos violentos y luchasen en primera línea. Algunos desarrollaron adicción a las drogas. Asimismo, se les utilizaba como guardaespaldas personales y trabajo doméstico (ap. 268). Los niños también fueron víctimas de violencia física. Después de su secuestro, se les obligaba a recibir entrenamiento militar para poder luchar con los grupos armados o defenderse en caso de un ataque (ap. 269). La existencia de unidades de combate específicas designadas para niños demuestra la naturaleza institucionalizada del servicio militar obligatorio y su uso por este grupo de soldados (ap. 270). La Sala de Apelaciones concluyó que los delitos de esclavitud, violencia sexual y reclutamiento y uso de niños soldados, y los demás de violencia física y actos de terror se cometieron en el marco de la Estrategia Operativa del RUF/AFRC. Las mujeres y las niñas fueron esclavizadas sexualmente y sometidas a violencia sexual para complacer a los soldados del comandante RUF/AFRC, para socavar las estructuras sociales y difundir el terror. Los niños soldados participaron en hostilidades, protegiendo minas de diamantes y cumpliendo órdenes de cometer crímenes contra civiles para mejorar la capacidad y las funciones militares del RUF/AFRC (ap. 271). El objetivo principal de la esclavitud y el reclutamiento de niños soldados era aterrorizar a la población civil. La estrategia de este grupo se caracterizaba por un patrón constante. Sus líderes utilizaron la agricultura forzada para su sustento, el trabajo forzado para su logística, los niños para sus soldados y la violencia sexual y la esclavitud para entretenerse. Estos crímenes, cometidos a gran escala y de forma sistemática en los territorios que este grupo de soldados controlaba, les permitieron consolidar su liderazgo para llevar a cabo sus operaciones militares adicionales.

⁷⁶ Sobre la CPI, se reenvía a: V. FAGGIANI, *Hacia un sistema penal común: Soberanía versus justicia universal*, en *Anales de derecho*, 2015, p. 1 s.; ID., *El derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso garantista ante la Corte Penal Internacional*, en *Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão*, 2012, p. 216 s.; F.J. GARRIDO CARRILLO – V. FAGGIANI, *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional*, Granada, 2013; I. LIROLA DELGADO – M. M^a. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Barcelona, 2001; P. MORI, *L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Turín, 2001; H. OLÁSULO ALONSO, *Corte penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Valencia, 2003; C. QUESADA ALCALÀ, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia, 2005.

⁷⁷ De los 123 Estados parte del Estatuto de Roma, 33 son africanos, 19 de Asia y el Pacífico, 18 de Europa del Este, 28 de América Latina y el Caribe y 25 de Europa occidental y otros Estados.

⁷⁸ Rusia retiró la firma del ER en 2016.

⁷⁹ *Vid.* B. MALONE, *Africans push UN to call off 'racist' court – Features*, en *www.aljazeera.com*, 15.11.2013.

Sin embargo, a pesar de todo ello, no hemos de olvidar que la CPI es un instrumento complementario, que no se sustituye a los Estados, y de hecho puede y debe intervenir solo cuando los Estados no quieran o no estén en las condiciones de poner en marcha una acción eficaz (art. 17 ER). Son estos a quienes les debería corresponder la adopción de un papel más incisivo y de medidas más efectivas para poner fin a estas prácticas brutales y aberrantes, fortaleciendo a su vez la cooperación judicial bien con la CPI bien con los demás Estados.

Atendiendo a lo dispuesto en el Estatuto de Roma y en la jurisprudencia de la CPI, el niño puede ser a la vez autor y víctima de crímenes. Con respecto a la condición de autor, el art. 26 ER, en consonancia con el art. 1 CDN, excluye de la competencia *ratione personae* de la CPI a los niños, afirmando que «La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen»⁸⁰, considerando que su personalidad está todavía *in fieri* y por lo tanto es incapaz de autodeterminarse libremente y asumir con conciencia las responsabilidades de sus acciones.

En este sentido, la CPI no puede enjuiciar la eventual responsabilidad penal de los menores de 18 años. La exclusión en el ER de la responsabilidad penal por los crímenes cometidos en las hostilidades respecto a los menores de 18 años es un principio muy importante, puesto que se pretende reiterar que los niños no son soldados⁸¹, que los responsables, es decir los gobiernos y los grupos armados deben rendir cuentas, y que solo de esta forma se podrá acabar con la impunidad generalizada y la falta de rendición de dichos crímenes. Por otra parte, sin embargo, dicha normativa produce una contradicción con el marco internacional, que fija en 15 años la edad mínima para que éstos puedan participar como niños soldados, y con lo previsto en la legislación interna de algunos Estados.

Otra incongruencia se encuentra en el caso de los menores de 15 a 18 años, quienes para la CPI son víctimas, y en cambio podrían ser enjuiciados por las jurisdicciones nacionales, que los considerarían víctimas y victimarios a la vez, víctima en la jurisdicción internacional y victimario en la jurisdicción nacional. Se trata de un cuadro normativo confuso, que debería ser ordenado, aclarado e integrado, mediante la adopción de un estatuto procesal internacional y de su implementación a nivel interno para que se adopten principios y mecanismos comunes de exigencia de la responsabilidad penal⁸².

3.2. La dificultad de delimitar el rol de los niños-víctimas en los procesos penales ante la CPI

Por otra parte, el Estatuto de Roma considera al niño involucrado en un conflicto armado como una víctima especialmente vulnerable. El art. 85 de las Reglas de

⁸⁰ El reconocimiento de los derechos de los niños en el ER tiene sus raíces en los siguientes documentos: el III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 18 de agosto de 1949; el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949; el Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, cit.; el Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, cit.; la Convención sobre los derechos de los niños, cit.; la Carta africana de los derechos y del bienestar del niño, cit.; el Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY) de 1993 (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 927 (1993), de 25 de mayo, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia); el Estatuto del Tribunal Internacional para el Ruanda (TPIR) de 1994 (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda).

⁸¹ COALICIÓN POR LA CPI, *La CPI reafirma: los niños no son soldados*, en www.coalitionfortheicc.org/es/news/20170219/la-cpi-reafirma-los-ninos-no-son-soldados, 19.2.2017.

⁸² F.J. GARRIDO CARRILLO, cit.

Procedimiento y Prueba (RPP) contiene una definición amplia de víctima⁸³, incluyendo en dicha categoría a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen contemplado en el ER. La recepción de un concepto generalmente compartido por la comunidad internacional en el Estatuto de Roma ha favorecido la redefinición de su rol, legitimándola por primera vez a participar en los procesos penales internacionales. No obstante, es importante considerar la dificultad de definir y delimitar el papel de las víctimas o de sus familiares más cercanos en los procesos penales internacionales, los cuales tienen por objeto crímenes masivos, que involucran a miles, a veces millones de víctimas, indeterminables exactamente.

El ER no reconoce a las víctimas el estatus de parte en sentido estricto (atendiendo al art. 42 ER son partes solo el Fiscal y la defensa). Tampoco, establece cuáles son sus derechos procesales. Por todo ello, estas no pueden empezar formalmente un procedimiento, en principio no tienen derecho a practicar pruebas en el debate sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado ni pueden impugnar en apelación una sentencia de la CPI. Además, el art. 68 ER remite a la discrecionalidad de la Sala la determinación de las modalidades de su participación⁸⁴. Estas adquieren el rol de parte en sentido sustancial solo en el juicio incidental para la reparación económica del daño.

En cualquier caso, a pesar de todo ello, se les reconoce un importante rol. El art. 68.3 ER les concede la posibilidad de presentar las propias «opiniones y observaciones», cuando se vieran afectados sus intereses personales en cualquier fase del juicio. De esta forma, desde la apertura de las investigaciones a la apelación se les garantiza un verdadero y propio derecho a participar en los procedimientos ante la CPI. En particular, se especifica que esta participación no puede afectar ni ser incompatible con el derecho del justiciable a un proceso equitativo e imparcial, en el intento de encontrar un equilibrio entre las partes (art. 68 ER).

La CPI, además, tendrá que adoptar «las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos». A tal fin, deberá tener en cuenta los «factores pertinentes» de especial vulnerabilidad que podrían incidir en su participación entre los que se encuentran incluidos «la edad, el género» (art. 7.3, ER) «y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños» (art. 68.1 ER).

Para proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, las Salas de la CPI pueden establecer una excepción al principio del carácter público de las audiencias (art. 67 ER), decretando que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada, o pueden permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. Esta medida se adoptará sobre todo en caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad, que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte, atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo (art. 68.2 ER).

En el caso *Lubanga*, por ejemplo, junto al concepto de «víctima directa», que se encuentra regulado en el art. 85.2 RPP, se ha especificado también el concepto de «víctima indirecta», en relación con aquellas personas que han sufrido daños «indirectos» como

⁸³ Atendiendo al art. 85 RPP es «víctima»: «a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios».

⁸⁴ ICC-T.Ch. II, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, 22.1.2010 (ICC-01/04-01/07-2288), par. 46.

consecuencia de los delitos imputados, es decir de los perjuicios sufridos por las víctimas directas. En cambio, quienes sufrieron daños como resultado de una conducta subsiguiente de las víctimas directas, no pueden ser considerados víctimas indirectas⁸⁵. De tal forma, se han considerado «víctimas», no sólo, a los niños soldados, sino también a sus padres o parientes, pero no así a las víctimas de los niños soldados.

Sin embargo, sigue siendo muy complicado determinar hasta qué punto un niño soldado es víctima y autor de crímenes. La CPI ha afrontado la cuestión de la responsabilidad y culpabilidad de los niños soldados en el caso Dominic Ongwen, uno de los comandantes del ERS (Ejército de Resistencia del Señor, *Lord's Resistance Army*), la organización extremista cristiana dirigida por Joseph Kony, el cual estaba vinculado con el movimiento *the Holy Spirit Movement* y pensaba tener poderes supranaturales.

Ongwen es acusado de ser a la vez presunto perpetrador y ex niño soldado -fue secuestrado a los 14 años cuando estaba yendo a la escuela- y, por lo tanto, víctima. Está siendo enjuiciado ante la CPI en el ámbito de la situación de Uganda desde finales de 2016 por los crímenes cometidos de adulto, puesto que el Estatuto de Roma prohíbe enjuiciar a menores de 18 años (art. 26 ER). Su condición de ex niño soldado puede ser considerada una atenuante.

Se le imputan unos 70 cargos por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde 2002 a 2005, entre los que se encuentran el reclutamiento de niños soldados, una práctica presuntamente sistemática del ERS, y el secuestro de niñas para convertirlas en esclavas sexuales⁸⁶. Se trata de crímenes que sufrió cuando era niño. Se han registrado más de 4.107 víctimas. El 12 de diciembre de 2019, el juez presidente declaró el cierre de la presentación de pruebas⁸⁷. Este asunto plantea la necesidad de reflexionar sobre las víctimas que victimizan y las posibles soluciones.

⁸⁵ Al respecto, *vid.* H. OLÁSULO ALONSO – A. KISS, *El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas*, en *Rev. electrón. cienc. penal criminol.*, 2010, p. 1 s.. Asimismo, se reenvía a los siguientes documentos: ICC, Trial Chamber I, Decision on Indirect Victims, *Case: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 8.4.2009, ICC-01/04-01/06-1813; ICC, Judgment on the appeals of *the Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation*, 11.7.2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, par. 32.

⁸⁶ Sobre este asunto, *vid.*: C. FERNÁNDEZ CARTER, *Crimes of Sexual Violence Committed within an Armed Group: The Case of Child Soldiers in the Prosecutor vs. Bosco Ntaganda Case*, en *ANIDIP*, 2018, p. 225 s..

⁸⁷ El LRA es un grupo armado de inspiración cristiana que ha matado a más de 100.000 personas y secuestrado a unos 60.000 niños desde su creación, en la década de 1980, para convertirlos en soldados o esclavas sexuales. Consta que el LRA ha realizado la práctica del reclutamiento y uso generalizado de niños soldados durante casi tres décadas. Decenas de miles de niños y adultos jóvenes fueron secuestrados en el norte de Uganda durante la insurgencia e integrados a la fuerza. Las fotografías de grupos del LRA representan a niños armados junto a los comandantes. También en este caso una de las consecuencias del reclutamiento y en general del uso de los niños y especialmente de las niñas y mujeres en las hostilidades es el régimen de abuso sexual, que ha sido realizado de forma sistemática. El LRA solía distribuir a las mujeres y niñas secuestradas a los «maridos combatientes» en régimen de propiedad privada. Eran consideradas como botines de guerra, sin posibilidad de oponerse, como si fueran animales u objetos (par. 500). Las mujeres y niñas esposas de los mandos del LRA por más de una década fueron víctimas de forma reiterada de una pluralidad de crímenes (par. 505), como el matrimonio forzado (par. 506), violación, esclavitud sexual, esclavitud, tortura, ultrajes contra la dignidad personal y embarazo forzado. Era difusa la poligamia (par. 506). Dichos crímenes eran parte de un plan común, puesto en marcha desde el 1º de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2005, en el norte de Uganda, por Dominic Ongwen, Joseph Kony y los líderes de la brigada de Sinia, que se estructuraba en distintas fases y estaba dirigido a secuestrar a niñas y mujeres, usarlas como sirvientas domésticas (esclavitud), ser cónyuges exclusivas forzadas (matrimonio forzado) y esclavas sexuales (esclavitud sexual). Sobre el crimen de alistamiento y reclutamiento de menores en conflictos armados *vid.*

La defensa ha intentado demostrar que Ongwen no era responsable por haber cometido dichos crímenes en un contexto de necesidad (art. 31 ER), producido por la estructura muy jerarquizada del LRA y la autoridad de Kony, líder supremo. En su opinión, el Sr. Ongwen sería solo una víctima y no a la vez víctima y perpetrador como sostiene la Fiscalía⁸⁸. Por todo esto, no debería responder por los crímenes que se le han imputado. El adoctrinamiento en la versión pervertida del espiritismo de Kony creó un ambiente coercitivo, en el que se subordinaba la supervivencia al respeto de las normas impuestas por este, las cuales regulaban también las relaciones entre hombres y mujeres. De hecho, las personas pensaban que los espíritus les observaban y que Kony conocía sus pensamientos personales. El miedo a morir o a ser sometido a castigos severos les inducía a seguir dichas reglas.

En este sentido, según la defensa, se podría afirmar que la autoridad indiscutida de Kony y la estructura del LRA habrían marcado su personalidad por toda la vida, es decir Ongwen no dejó de ser víctima porque cumplió los 18 años sino que siguió permaneciendo bajo la esclavitud del LRA. Por lo tanto, si cometió los crímenes que presuntamente cometió (lo que niega la defensa), lo hizo como víctima bajo coacción, lo cual lo eximiría de responsabilidad penal por dichos crímenes.

Esta posición fue sin embargo rechazada por la SCP, que consideró que no se daba ninguno de los elementos que configuran esta eximente de responsabilidad⁸⁹, pues ante todo Ongwen alcanzó cargos que le aseguraron un buen nivel de autoridad dentro del LRA incluso para decidir de forma autónoma si cumplir o no con las ordenes de Kony, como las relativas a los delitos de carácter sexual, sin que ello pudiera suponer un riesgo para su vida. Además los crímenes cometidos como el secuestro y uso de niños soldado y la distribución de las niñas entre los combatientes no se pueden considerar actos proporcionados a la gravedad de la amenaza que se estaba intentando evitar.

3.3. La tipificación de los crímenes contra los niños en conflictos armados y su aplicación por la CPI: un lento y difícil avance contra la impunidad

El art. 8 ER, en el apartado 2, letra b) xxvi) y letra e) vii) e) tipifica entre los crímenes de guerra⁹⁰ el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o su utilización para participar activamente en las hostilidades, respectivamente en los conflictos internacionales y de índole no internacional, es decir

ICC, Trial Chamber IX, Public, Prosecution's Pre-Trial Brief, *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 6.9.2016, ICC-02/04-01/15, párr. 701 a 758.

⁸⁸ Trial Chamber IX, Defence for Dominic Ongwen, *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor c. Dominic Ongwen*, 13.3.2020, ICC-02/04-01/15, par. 11 y 12. Sobre estas cuestiones v. AAVV, *Estado de Necesidad: presupuestos y aplicación en el caso Ongwen*, en <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13384>, 2016.

⁸⁹ ICC, Pre-Trial Chamber II, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23.3.2016.

⁹⁰ Según J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, cit., p. 229, «El extenso artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tipifica los crímenes de guerra, no sin antes establecer en su número 1 lo que puede considerarse como un umbral, pues será competente la Corte “en particular” cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. La expresión “en particular”, producto del consenso, nos deja sin saber si se trata realmente de un “umbral” o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable, sin rechazar que la Corte pueda conocer en otros supuestos».

internos⁹¹. La tipificación como crimen de guerra del alistamiento y reclutamiento no solo en conflictos internacionales sino también en aquellos no internacionales constituye sin duda una de las principales aportaciones del ER⁹².

Sin embargo, no se ha incluido en el ámbito de protección de dicho precepto la participación indirecta, reduciendo de tal forma el estándar de tutela. En los Elementos del Crimen (art. 9 ER) se especifica que es autor quien haya reclutado (obligatoriamente) o alistado (voluntariamente) a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o también las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades. Dicha conducta tiene que haber sido cometida intencionadamente, es decir con dolo, puede haber tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional (8 2) b) xxvi)) o de índole no internacional (8 e) vii) e)) y tiene que haber estado relacionada con estos y el autor tiene que haber sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de dicho conflicto.

Según la CPI, con arreglo a lo dispuesto en el ER, cuyo objetivo es proteger a los niños vulnerables, ante todo no cabe distinguir entre reclutamiento como acto forzoso y alistamiento como acto voluntario, no pudiéndose hablar de la existencia de un verdadero consentimiento del niño. La aparente ausencia de coacción, por lo tanto, no podría proporcionar al acusado un válido argumento de defensa⁹³. En este sentido, el reclutamiento y el alistamiento no constituirían dos delitos separados, pues ambos empiezan en el momento en que el niño menor de 15 años es inscrito o se une a una fuerza armada o grupo, con o sin coacción, y tienen un carácter continuo, finalizando solo cuando el niño alcance los 15 años de edad o abandona la fuerza o grupo⁹⁴.

Y en cuanto al tercer supuesto típico delictivo, contemplado en el art. 8 ER, «la utilización» de niños para su participación activa en hostilidades, se considera que abarcaría tanto la participación en primera línea o en combate como el conjunto de funciones de apoyo en las operaciones militares⁹⁵, ofreciendo de esta manera una interpretación amplia de las funciones y roles que se pueden subsumir en dicha noción, en contraposición a la noción de «participación directa», que se encuentra en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. En cambio, el art. 4.3.c) del Protocolo adicional II de 1977 no incluye la palabra «directo»⁹⁶.

Según la Sala de Primera Instancia, «el alcance del peligro potencial», al que se enfrentan los niños soldados no está necesariamente relacionado con el tipo de rol que se les asigna. Sin embargo, aunque pueden asumir funciones muy distintas entre ellas, a través de las que se concreta su participación bien de forma directa o bien indirecta en los conflictos armados, el elemento común a todos estos tipos de actividades consiste en que el niño constituye «un objetivo potencial», pues el involucramiento activo en las hostilidades les expone fuertemente al peligro⁹⁷. No obstante, la calificación de una actividad particular de «participación activa» se remite a las circunstancias del caso concreto⁹⁸ y a la relación entre la

⁹¹ La Sala de Primera Instancia en el caso Lubanga consideró que los hechos delictivos se desarrollaron en el ámbito de un conflicto armado de naturaleza interna 8(2)(e)(vii) y no internacional (8.2.e.vii), como en cambio había afirmado la Sala de Cuestiones Preliminares.

⁹² J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, cit., p. 229.

⁹³ ICC, Trial Chamber I, Decision, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Case: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 5 April 2012, ICC-01/04-01/06-2842, par. 617.

⁹⁴ *Ibidem*, par. 618.

⁹⁵ *Ibidem*, par. 625.

⁹⁶ *Ibidem*, par. 627.

⁹⁷ *Ibidem*, par. 628.

⁹⁸ *Ídem*.

actividad desempeñada por el niño/a y el conflicto y el combate en el que la fuerza o el grupo armado al que pertenece⁹⁹.

El hecho de ser involucrados en un conflicto armado conlleva también el riesgo de ser víctimas de otros crímenes de competencia de la CPI; de hecho la mayoría de los crímenes previstos en el ER tienen una incidencia directa en la infancia¹⁰⁰, algunos incluso lo hacen de forma «desproporcionada», dirigiéndose directamente a este colectivo. Piénsese en el supuesto de los «ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares», tipificados en los artículos 8 2) b) ix) y 8 2) e) iv) del ER.

Además, para reforzar la protección de la infancia se ha incluido el traslado por la fuerza de niños menores de 18 años (art. 6 e)) entre los supuestos de genocidio y se ha contemplado una serie de crímenes de violencia sexual y por razones de género (art. 7, par. 3, ER)¹⁰¹, que dependiendo de las especificidades del caso pueden integrar el crimen de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, como en el caso del tráfico de personas (art. 7 1) g), 8 2) b) xxii), 8 2) e) vi) del Estatuto)¹⁰².

La Sala de Primera Instancia VI de la CPI, por ejemplo, el 7 de noviembre de 2019, condenó por unanimidad a Bosco Ntaganda a un total de 30 años de prisión¹⁰³, la pena más alta hasta ahora impuesta por la CPI. El Sr. Ntaganda, ex Jefe de Estado Mayor Adjunto y comandante de operaciones de la *Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (UPC/FPLC), conocido como *Terminator* por su brutalidad¹⁰⁴, desempeñó una función militar muy importante en la UPC/FPLC.

La CPI lo declaró responsable, como autor directo, de asesinato como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra y de persecución, como crimen de lesa humanidad. Fue además considerado culpable como perpetrador indirecto por los crímenes restantes y como co-autor indirecto de la violación como crimen de guerra (art. 8 (2) (e) (vi) ER) de una niña de aproximadamente nueve años en Camp Lingo y de la violación y esclavitud sexual de niños soldados, como crímenes de guerra (art. 8 (2) (e) (vi) ER), y de dos niñas menores de 15 años de edad, una en Camp Bule y una asignada a la escolta de Floribert Kisembo.

Asimismo, se le condenó por el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años en un grupo armado entre el 6 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y usarlos

⁹⁹ *Ibidem*, par. 355.

¹⁰⁰ Consciente de esto, el ER requiere que haya magistrados que sean juristas especializados en temáticas concretas que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres y los niños (art. 36.8) b. 9 ER). El fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados asuntos como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños. Además, en el ámbito de la Fiscalía se ha previsto una Dependencia de Violencia de Género y Violencia contra los Niños integrada por personal con conocimientos especializados en materia jurídica y psicosocial. De tal forma, se pretende adoptar «un enfoque adaptado a los niños».

¹⁰¹ Al respecto, *vid.* ICC, The Office of the Prosecutor, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/PolicyPaperOnSexualAndGender-BasedCrimes.Spa.pdf>, Junio de 2014.

¹⁰² Entre los crímenes de guerra *ex* art. 8 ER tienen naturaleza sexual o se cometen por razones de género por ejemplo: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual, que representen una violación grave de los Convenios de Ginebra o una violación grave del art. 3 común.

¹⁰³ ICC, Trial Chamber IV, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, the Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 7.11.2019, ICC-01/04-02/06-2442.

¹⁰⁴ I. FERRER, *La CPI condena a 30 años de cárcel al exlíder rebelde Ntaganda por crímenes en Congo*, en *El País*, 7.11.2019.

para participar activamente en las hostilidades entre el 6 de agosto de 2002 y el 30 de mayo de 2003 en la Primera Operación y en mayo de 2003 en el asalto del UPC/FPLC contra Bunia, como guardaespaldas para los soldados y comandantes, para el propio Sr. Ntaganda y el presidente de la UPC Thomas Lubanga, y para recopilar información sobre las fuerzas opositoras y el personal de la MONUC (art. 8 (2) (e) (vii) ER)¹⁰⁵.

En cualquier caso, también todos los demás supuestos típicos delictivos como los ataques intencionales contra la población civil, la tortura, la mutilación, ultrajes contra la dignidad personal o el reclutamiento de niños soldados pueden contener elementos en este sentido¹⁰⁶. En el caso *Katanga/Ngudjolo*, por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que había pruebas de que el acusado y las demás personas bajo su mando obligaban a practicar la desnudez forzada, que consideró un ultraje contra la dignidad. Sin embargo, finalmente no confirmó dichos cargos porque estimó que las pruebas no eran suficientes para demostrar que era parte de un plan común¹⁰⁷.

De forma parecida, en el caso *Bemba*, a pesar de que la Fiscalía incluyó el ultraje contra la dignidad mediante actos de violación u otras formas de violencia sexual, además del crimen de violación y otras formas de violencia sexual (inciso vi), ap. e), pár. 2, art. 8), en los cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares II renunció a confirmarlo¹⁰⁸. Asimismo, los delitos de los que pueden ser víctimas los menores pueden ser cometidos contra niños y niñas por miembros de los grupos armados o fuerzas armadas en los que están integrados, como ha ocurrido en el asunto *Joseph Kony*¹⁰⁹.

Con respecto a los crímenes sexuales, fue particularmente controvertido el asunto *Lubanga*¹¹⁰, en el que la Fiscalía en el escrito de acusación y posteriormente en la audiencia de confirmación de los cargos se limitó a acusarle del reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados (28 de agosto de 2006), sin hacer referencia a supuestos de violencia sexual. Ante dicho silencio, la Sala de Primera Instancia I no se pronunció sobre este punto.

Consciente del error en el que había incurrido, durante el juicio oral, la Fiscalía modificó la estrategia procesal, intentando probar su comisión; pese a ello, la Sala de Apelaciones determinó que en este caso la SPI no podía cambiar la calificación jurídica de los hechos, no existiendo los supuestos constitutivos de un crimen de esclavitud sexual o de tratos crueles e inhumanos. Tras dicha decisión la Fiscalía y los representantes de las víctimas

¹⁰⁵ Vid. ICC, Trial Chamber VI, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06. En esta decisión la CPI declaró a Bosco Ntaganda culpable de 18 cargos cometidos en Ituri, RDC, entre 2002-2003.

¹⁰⁶ ICC, Office of the Prosecutor, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, cit., p. 21.

¹⁰⁷ ICC, Decision on the confirmation of charges, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Germain Katanga*, 14.10.2008, ICC-01/04-01/07-717, 570-572.

¹⁰⁸ ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges, *Situation in the Central African Republic, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15.6.2009, ICC-01/05-01/08-424, 307-313.

¹⁰⁹ ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision on Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8th July 2005 as amended on 27th September 2005, *Situation in Uganda, The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti*, 28.9.2005, ICC-02/04-01/05-53, par. 5.

¹¹⁰ El 10 de julio de 2012 Lubanga fue condenado a 14 años de prisión. Dicha condena fue confirmada por la Sala de Apelaciones el 1º de diciembre de 2014. El 19 de diciembre de 2015, fue transferido a la prisión de Makala en la RDC para cumplir la pena. En relación con la sentencia de la CPI relativa al caso *Lubanga*, vid. A. G. LÓPEZ MARTÍN, *Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 7 de agosto de 2012, en *Rev. esp. der. int.*, 2013, p. 209 s.; K. AMBOS, *El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas*, en *Indret*, 2012, 1 s.; K. AMBOS – E. MALARINO – C. STEINER, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional el caso Lubanga*, Göttingen, Berlín, 2014.

intentaron incluir los actos de violencia sexual en el concepto de participación activa en las hostilidades, habiendo sido los niños y las niñas sometidos sexualmente por los miembros de su propio grupo armado¹¹¹.

De todas formas, parece positivo a efectos de la reparación por los crímenes sufridos que la Sala de Apelaciones de la CPI el 18 de julio de 2019¹¹² haya tenido en cuenta también los actos de violencia sexual, sufridos por las víctimas, que el Fiscal Moreno-Ocampo no incluyó entre los cargos imputados a *Lubanga*. Atendiendo al test de causalidad («*but for tests*»)¹¹³, utilizado por la CPI, se ha considerado que el motivo determinante, es decir que ha producido el daño directo o el efecto inmediato, esto es la situación de esclavitud sexual, ha sido el reclutamiento y uso de las niñas como soldados. Si las niñas no hubiesen sido reclutadas, no hubieran sufrido dichas lesiones.

En este sentido, la reparación es «un derecho humano internacionalmente reconocido», cuyo «contenido se refleja en el principio de *restitutio in integrum* con sus cinco elementos clave: restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición»¹¹⁴. La reparación a través de una compensación económica tiene el objetivo de restaurar la dignidad y rehabilitar al ser humano tanto en su dimensión individual como social. En este caso concreto, el daño específico al «proyecto de vida de los ex niños soldados» debe ser considerado y resarcido adecuadamente, restaurando oportunidades y capacidades para permitirles reconstruirse como seres humanos completos y realizados¹¹⁵.

Por todo esto, el plan de reparaciones de la CPI, puesto en marcha por el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (FFBV, art. 79 ER) se basa en el apoyo psicológico a los niños soldados y sus familias y en la puesta en marcha de cursos de formación que les aseguren perspectivas de futuro¹¹⁶. En la RDC, por ejemplo, un grupo de ex niños soldados

¹¹¹ L. ALBERTO DÍAS, *Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución*, en ANIDIP, 2014, p. 103 s., en este ensayo considera que los actos de violencia sexual, a pesar de no haber sido expresamente imputados, se encuentran incluidos en las conductas de reclutamiento o alistamiento.

¹¹² ICC, Judgment on the appeals against Trial Chamber II's, Decision Setting the Size of the Reparations, Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable, Appeals Chamber Decision, *Situation in the DRC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 18.07.2019, ICC-01/04-01/06-3466-Red. Para un comentario a esta decisión, v. M. BRODNEY – M. REGUÉ, *Five Procedural Takeaways from the ICC's 18 July 2019 Lubanga Second Reparations Judgment*, en www.ejiltalk.org, 13.09.2019. La Sala de Apelaciones de la CPI confirmó el 18 de julio de 2019 la reparación colectiva de la que sería responsable Lubanga en USD 10.000.000, manteniendo el importe fijado en la sentencia de 15 de diciembre de 2017, y otorgó a 48 víctimas más la reparación que la Sala de Primera Instancia les había denegado. La indemnización a cargo de las personas condenadas a favor de víctimas no identificadas, que aún no han solicitado, o que nunca pueden solicitar reparación, aunque manifiesta la intención de la CPI de adoptar un enfoque flexible, por otra parte presenta los siguientes problemas: a) a la hora de identificar a las víctimas, b) de carácter procesal en relación con el principio de la carga probatoria, que se ve distorsionado, c) desde el punto de vista financiero si se considera el limitado presupuesto del Fondo Fiduciario, d) y por último podría favorecer las reparaciones colectivas en perjuicio de aquellas individuales. ICC, Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji, Appeals Chamber, Decision, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 18.07.2019, ICC-01/04-01/06-3466-AnxI, par. 9.

¹¹³ A.G. LÓPEZ MARTÍN, cit., pp. 222-223.

¹¹⁴ ICC, Separate Opinion, Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza, Appeals Chamber, Decision, *Situation in the DRC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 16.9.2019, ICC-01/04-01/06-3466-AnxII, prolegomena, p. 3 ss.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Vid.* A. MALIVIKA, *Former Congolese Child Fighters Applaud Ntaganda Verdict*, en www.voanews.com, 12.7.2019.

empezaron una escuela de boxeo¹¹⁷. Las evaluaciones psicosociales y de seguridad son fundamentales para permitir a los niños afrontar antes el proceso y después para favorecer la recuperación¹¹⁸.

A tal efecto, se requiere la adopción de un «enfoque adaptado a los niños» desde los comienzos de las investigaciones de la CPI, que tenga en cuenta sus «vulnerabilidades y capacidades», reconociendo que el niño «como persona individual» puede ser vulnerable, capaz o a la vez vulnerable y capaz¹¹⁹. Y cuando se trate de niñas involucradas en las hostilidades, junto a este enfoque, deberá aplicarse también un «análisis de género», para «examinar las diferencias y desigualdades subyacentes entre mujeres y hombres y niñas y niños, así como las relaciones de poder y otras dinámicas que determinan y conforman los papeles de género en una sociedad y dan lugar a suposiciones y estereotipos»¹²⁰.

La reintegración de los ex niños soldados es en este sentido un problema clave. Sin embargo, las soluciones experimentadas en muchas ocasiones no producen los efectos esperados por la persistente inestabilidad y situación de conflicto y pobreza que caracterizan estas regiones como la República Democrática del Congo y la falta de financiación a largo plazo. Estos niños además se encuentran a luchar contra el rechazo de la comunidad y su estigmatización y especialmente las niñas soldados no suelen ser involucradas en los programas de desmovilización a pesar de representar el 40 % de los menores soldados en la RDC. En la fase del desarme y la desmovilización el niño deja la vida militar para intentar tener una vida civil a través de la reintegración económica y para alcanzar la independencia financiera, y social. En dicho proceso la educación escolar a través de la Cruz Roja y de *Save Children* tiene una función importantísima, siendo fundamental para que estos niños puedan formarse y así obtener un trabajo remunerado.

4. Conclusiones

La participación de los menores en las hostilidades viola sus derechos fundamentales, anulándolos y causándoles perjuicios irreparables a nivel físico, emocional, mental y espiritual, y les priva no solo de su infancia, que ya no podrá volver, sino también de la posibilidad de tener un futuro. Por esto, es tan importante la adopción de una estrategia y un enfoque globales a esta cuestión.

Ante todo, se nos plantea el problema de si es posible y, en su caso, cómo prevenir y, tras su comisión, cómo responder a dichos actos. El análisis de la respuesta jurídica a esta práctica aberrante desde el marco internacional y desde la CPI, realizada en este trabajo, lleva a afirmar que, a pesar de los esfuerzos importantes para erradicarla y para que los autores de tales delitos no queden impunes y asuman la responsabilidad de sus comportamientos, estos objetivos siguen siendo un desafío.

¹¹⁷ CNN, *A fighting chance. Former child soldiers start a boxing school for Congo's youth*, en <https://edition.cnn.com>, 2017. Disponible en: <https://edition.cnn.com/interactive/2017/01/world/congo-boxing-photos/>

¹¹⁸ Sobre este tema, v. D. NDUWIMANA – P. KAGWANJA (ed.), *Reintegration of Child Soldiers in Eastern Democratic Republic of Congo: Challenges and Prospects*, en www.icc-cpi.int, Occasional Paper, Series 4, n. 2, 2013, pp. 40.

¹¹⁹ ICC, The Office of the Prosecutor, *Política relativa a los niños*, en www.icc-cpi.int, 2016, ap. 22, p. 14. Disponible en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Spa.PDF.

¹²⁰ ICC, The Office of the Prosecutor, *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*, cit., ap. 4, p. 5.

Desde el punto de vista normativo, el derecho internacional, tanto el derecho internacional humanitario como el derecho penal internacional, ha sido la base para la definición de un marco común, siendo el punto de partida para que los Estados pudieran elaborar una estrategia encaminada a garantizar la protección efectiva de los niños en los conflictos armados. Los principales tratados y acuerdos internacionales, como la CDN de 1989 y sus dos Protocolos o en el ámbito africano la Carta sobre los derechos y el bienestar del niño (1990), que representan un referente, son una señal tangible de la progresiva concienciación por parte de la comunidad internacional del alcance de este problema, constituyendo un paso hacia adelante en la lucha contra este fenómeno.

Por otra parte, dichas normas ofrecen un marco incompleto, incoherente y asistemático, que hace necesario aclarar de forma urgente las principales categorías con el objeto de definir y ordenar el sistema de garantías y principios, «un estatuto procesal del niño soldado», como «víctima y victimario», como afirma Garrido Carrillo¹²¹, integrado por normas jurídicamente vinculantes, ante cuyo incumplimiento se pueda poner en marcha un sistemas de exigencia de la responsabilidad penal.

Del estudio de este entramado normativo, se puede observar que no se ha fijado una edad mínima absoluta para el reclutamiento obligatorio y voluntario de los menores ni se ha prohibido de forma clara la participación sobre todo de carácter indirecto en las hostilidades. Dentro de la categoría menores de edad, se realiza una distinción entre: menores de 15 años, menores con 15 años y menores con más de 15 y menos de 18 años. Para los primeros se establece una prohibición absoluta de reclutamiento. Sin embargo, esto no ocurre para los segundos que en cambio pueden ser alistados en las fuerzas armadas estatales de forma voluntaria por el derecho internacional humanitario aunque no por el derecho internacional de los derechos humanos, que requiere tener más de 15 años, como en el tercer caso. En la ponderación entre objetivos militares *vs.* interés superior de la infancia a una protección plena y efectiva siguen prevaleciendo los primeros¹²².

Por otra parte, se echa en falta la ausencia de mecanismos coercitivos de rendición de cuentas para evitar la impunidad de los Estados incumplidores. El Comité de derechos del niño en el ámbito de Naciones Unidas o el Comité africano de expertos sobre los derechos y bienestar del niño, por ejemplo, no son órganos jurisdiccionales sino simples instrumentos de supervisión, que pueden limitarse a hacer recomendaciones. Lo mismo ocurre con el Grupo de trabajo del Consejo de Seguridad sobre los niños y los conflictos armados y con el Representante Especial del Secretario General con competencias en dichos ámbitos. De forma parecida, el ejercicio de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad contra personas que violan de forma persistente los derechos de los niños en los conflictos armados es limitado y está condicionado a la institución de un Comité y, en definitiva, a los intereses particulares de los Estados.

En el marco de los instrumentos tendentes a poner fin a la impunidad de quien comete estos crímenes la respuesta del derecho penal internacional y en particular del Estatuto de Roma, por el que se instituye la Corte Penal Internacional, adquiere una importancia determinante. El ER ha sentado las bases para un nuevo marco, sustantivo y procesal, de protección de los niños en los conflictos armados.

¹²¹ F.J. GARRIDO CARRILLO, cit..

¹²² En tal sentido, v. A. KANLI, *Is the European Union Fighting the War for Children? The EU Policy on the Rights of Children Affected by Armed Conflict*, en *College of Europe EU Diplomacy Paper*, n. 8, 2010, p. 8. Disponible online en: <http://aei.pitt.edu/15482/>.

Partiendo del presupuesto de que el niño puede ser a la vez autor de crímenes y víctima, el ER excluye de la competencia *ratione personae* de la CPI a los menores de 18 años (art. 26 ER) y contempla entre los crímenes de guerra el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales y su utilización para participar activamente en las hostilidades, en los conflictos internacionales y de índole no internacional (art. 8 ER, apartados 2) b) xxvi) y e) vii) e)).

Sin embargo, la tipificación de los crímenes contra los niños involucrados en conflictos armados y su aplicación en los primeros juicios ante la CPI y la posibilidad de imponer penas, aunque contribuyen a desarrollar una función de prevención general negativa –*deterrence*– en este tipo de supuestos, a fin de que la ejemplaridad de la sanción tenga un carácter disuasorio, constituyen un avance lento y difícil contra la impunidad.

En este sentido, por ejemplo, el hecho de que la CPI no pueda enjuiciar la eventual responsabilidad penal de los menores de 18 años por los crímenes cometidos en las hostilidades es un principio muy importante, puesto que se pretende reiterar que los niños no son soldados, que los responsables, es decir los gobiernos y los grupos armados, deben rendir cuentas, y que solo de esta forma se podrá acabar con la impunidad generalizada y la falta de rendición de dichos crímenes. Por otra parte, no se puede soslayar que dicha normativa produce una contradicción con el marco internacional, que fija en 15 años la edad mínima para que éstos puedan participar como niños soldados, y con lo previsto en la legislación interna de algunos Estados.

Otra incongruencia se encuentra en el caso de los menores de 15 a 18 años, quienes para la CPI son víctimas, y en cambio podrían ser enjuiciados por las jurisdicciones nacionales, que los considerarían víctimas y victimarios a la vez, víctima en la jurisdicción internacional y perpetrador para la jurisdicción nacional¹²³. Se trata de un cuadro normativo confuso, lo cual reconfirma la necesidad de adoptar un marco más ordenado, aclarado e integrado, mediante la adopción de un estatuto procesal internacional que defina los principios y mecanismos comunes de exigencia de la responsabilidad penal del menor, facilitando asimismo su interpretación por la CPI y su implementación a nivel interno. De hecho, estas incongruencias entre el marco internacional y las normativas internas nos hacen afirmar que el Estatuto de Roma ha sido una ocasión perdida.

Lamentablemente, a pesar de los esfuerzos, el uso de los menores en conflictos armados es una práctica muy difícil de erradicar, siendo la consecuencia de la pervivencia de sistemas poco desarrollados. En este sentido, en lo que concierne a la prevención del delito, los Estados que suelen usar a los niños en los conflictos armados son democráticamente débiles y poco desarrollados, siendo el continente africano el área más afectada. Se trata, en definitiva, de un problema de fuerza del Estado de derecho. Por esto, la *conditio sine qua non* para evitar este fenómeno ante todo sería proceder a reforzar las estructuras económicas y sociales de los países en conflicto y facilitar su transición constitucional. Esta constituye la premisa para que, en una segunda fase, tales Estados decidan adherirse a los principios fundamentales, generalmente compartidos, e implementarlos correctamente en sus ordenamientos internos. Por todo ello, las acciones adoptadas tanto a nivel internacional como regional, pese a ser muy necesarias, nunca serán suficientes mientras no se consiga poner fin a estas situaciones de conflicto y se ponga en marcha un proceso de transición constitucional hacia la instauración de regímenes democráticos.

¹²³ F.J. GARRIDO CARRILLO, cit..